



**HAL**  
open science

## La médiation familiale : une voie d'apaisement des conflits familiaux

Anne Leborgne

► **To cite this version:**

Anne Leborgne. La médiation familiale : une voie d'apaisement des conflits familiaux. Revue Lamy  
Droit civil, 2015. hal-01318191

**HAL Id: hal-01318191**

**<https://hal.science/hal-01318191>**

Submitted on 23 May 2016

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# **La médiation familiale : une voie d'apaisement des conflits familiaux**

Par Anne LEBORGNE,

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Membre du Laboratoire de droit privé et sciences criminelles, LDPSC (EA 4690)

La médiation familiale, processus de construction ou de reconstruction du lien familial mené par un tiers qualifié, le médiateur familial, et axé sur l'autonomie des personnes concernées par des situations de rupture ou de séparation n'est pas un mode de règlement du litige mais une voie d'apaisement du conflit familial. Elle invite les juristes à un changement de culture et s'inscrit dans un mouvement législatif plus général qui cherche à valoriser la résolution amiable des différends.

Les litiges familiaux représentent aujourd'hui près de la moitié du contentieux devant les tribunaux civils, qu'il s'agisse de questions touchant à la séparation des couples comme de celles relatives à l'organisation des relations parents-enfants (Rapp. Sénat n° 404, Justice aux affaires familiales : pour un règlement pacifié des litiges, 26 févr. 2014, 2013-2014, p. 14). Ces procédures sont souvent longues, violentes, et il n'est pas rare qu'une fois le procès achevé, le conflit subsiste. Pour ne prendre qu'un exemple, la proportion de divorces par consentement mutuel revenant devant le juge serait en effet de 40 %, d'après un rapport sur la justice familiale, établi en 2014 (Rapp. Sénat n° 404, Justice aux affaires familiales : pour un règlement pacifié des litiges, précité, p.51), ce qui montre bien que la pacification des procédures de divorce espérée par le législateur après l'adoption de la réforme de 2004 (L. n° 2004-439, 26 mai 2004, JO 27 mai 2004) n'est souvent qu'apparente ! Cela invite à réfléchir sur les limites du système judiciaire dans sa forme classique.

C'est en prenant la mesure de ce problème que le législateur a introduit la médiation familiale dans le Code civil, au début du XXI<sup>e</sup> siècle.

Pour en comprendre la raison et ce qui en est attendu, il faut expliquer ce qu'est la médiation familiale (I), comment ça marche (II) et quel est son avenir (III).

## **I – La médiation familiale, qu'est-ce que c'est ?**

Tous les rapports récents la présentent soit comme un mode alternatif de règlement des litiges (MARL), soit comme un mode alternatif de règlement des conflits ou des différends (MARC ou MARD), au même titre que la conciliation, l'arbitrage, et la procédure participative avec avocat. Cette approche est-elle satisfaisante ? On cherchera à le vérifier à partir des textes applicables (A), et de la définition qui en est donnée (B).

## A- Les textes

La médiation familiale existe en France depuis les années 1980. Elle a d'abord été pratiquée dans les milieux associatifs privés et s'est inspirée du modèle anglo-saxon, et spécialement du droit québécois. Mais c'est une recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, constatant le nombre croissant des litiges familiaux et reconnaissant leur caractère spécifique, ainsi que le besoin d'assurer la protection des intérêts supérieurs de l'enfant et de son bien-être tels que consacrés dans les instruments internationaux, qui a invité les États européens, en 1998 (Comité min. Cons. Europe, Recomm.n° R (98)1 sur la médiation familiale, 21 janv. 1998), à instituer ou promouvoir la médiation familiale comme « *moyen approprié de résolution des litiges familiaux* ».

C'est à la suite de cela, en France, qu'un rapport contenant des propositions en vue d'un statut de la médiation familiale fut remis en 2001 au ministre délégué à la Famille, à l'Enfance et aux Personnes handicapées (Rapp. Sassier M., Arguments et propositions pour un statut de la médiation familiale en France, Doc. fr., avr. 2001), et que la même année fut créé le Conseil national consultatif de la médiation familiale. Puis, en mars 2002, le législateur, à l'occasion de la réforme de l'autorité parentale (L. n° 2002-305, 4 mars 2002, JO 5 mars 2002), introduisit un article 373-2-10 dans le Code civil, afin de permettre au juge aux affaires familiales (JAF), « *en cas de désaccord des parents* », sur une question d'autorité parentale, et « *à l'effet de faciliter la recherche par ces parents d'un exercice consensuel de l'autorité parentale, de proposer une mesure de médiation après avoir recueilli leur accord de désigner un médiateur familial pour y procéder* ». Le dernier alinéa de cet article permet, en outre, au JAF de « *faire injonction aux parties en conflit de rencontrer un médiateur* ».

Les mêmes pouvoirs lui ont été offerts lors de la réforme du divorce de 2004 (C. civ., art. 255, lors de l'audience de conciliation, et CPC, art. 1071, relatif à la procédure familiale, qui généralise le recours à la médiation familiale à toutes les procédures faisant intervenir le JAF, qu'il s'agisse de l'ordonner, si les parties sont d'accord, ou de leur faire injonction de rencontrer un médiateur).

À l'époque, la Chancellerie n'avait pris la peine, ni de fournir aux magistrats une circulaire d'application, ni de définir la médiation familiale. En fallait-il une toutefois ? La médiation familiale n'est-elle pas simplement une application de la médiation civile, réglementée dans le Code de procédure civile ?

## B – Définition

Dans le Code de procédure civile, en effet, il est question de médiation à deux endroits : au Livre I<sup>er</sup> « *Dispositions communes à toutes les juridictions* » du Code de procédure civile, la médiation judiciaire est réglementée, depuis 1995, aux articles 131-1 à 131-15, après la conciliation judiciaire ; et au Livre V « *Résolution amiable des différends* » du même code, depuis 2012, les articles 1528 à 1567 définissent et réglementent la conciliation et la médiation conventionnelles ainsi que la procédure participative.

Actuellement, et pour obéir à la directive du Parlement et du Conseil n° 2008/52/CE du 21 mai 2008 (JOUE 24 mai 2008, n° L 136), « *sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale* », qui a consacré une vision extensive du champ de la médiation (ladite directive régit l'ensemble des médiations transfrontalières portant sur des matières de nature civile ou commerciale, que ces médiations soient judiciaires ou conventionnelles), l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 (v. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° **2011-1540 du 16 novembre 2011**, JO 17 nov. 2011 ; Gorchs-Gelzer B., Regard critique sur l'ordonnance n° 2011-1540 transposant la directive médiation, Dr. et procéd. 2012, p. 2 ; Nevejans N., L'ordonnance du 16 novembre 2011 : un encouragement au développement de la médiation ?, JCP G 2101, n° 6, 148 ; Tandreau de Marsac S., La transposition de la directive européenne sur la médiation en France, Cah. arbitrage 2012/2, p.341 ; Tricoit J.-Ph., La transposition de la directive médiation en droit français, LPA 2012, n° 66, p. 7) et le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 (JO 22 janv. 2012 ; Rongeat-Oudin F., Le règlement amiable des différends est en bonne marche !, JCP G 2012, n° 7, 157 ; Amrani Mekki S., Présentation du décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012, Gaz. Pal. 26 mai 2012, n° 147) appellent indifféremment *médiation* « *tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord par le juge saisi du litige* » (L. n° 95-125, 8 févr. 1995, JO 9 févr. 1995, art.21 nouv. ; CPC, art. 1530). Cette définition permet de chapeauter non seulement les médiations conventionnelles et judiciaires au sens du droit français, mais également les conciliations menées par les conciliateurs de justice, ainsi que tout processus qui répondrait à la définition de la directive, sans pour autant employer l'appellation de *médiation* ou de *médiateur*. En s'en tenant à cette approche, on peut conclure que différents processus, amiables ou alternatifs à l'action judiciaire, sont proposés afin d'aboutir à un accord en cas de litige (avec une telle définition, il est bien difficile de mettre en évidence la différence de nature qui distinguerait la conciliation de la médiation ; v. en ce sens, Héron J. et Le Bars Th., Droit judiciaire privé, LGDJ, coll. Domat, 6<sup>e</sup> éd., n° 1202, note 50).

Mais s'agissant de la médiation familiale, en 2002, le Conseil national consultatif de la médiation familiale en donnera la définition suivante : « *La médiation familiale est un processus de construction ou de reconstruction du lien familial axé sur l'autonomie des personnes concernées par des situations de rupture ou de séparation dans lequel un tiers impartial, indépendant, qualifié et sans pouvoir de décision – le médiateur familial – favorise à travers l'organisation d'entretiens confidentiels, leur communication, la gestion de leur conflit dans le domaine familial entendu dans sa diversité et dans son évolution* ».

Ainsi, la médiation familiale poursuivrait un autre objectif que la résolution d'un différend : elle serait d'abord orientée vers la construction ou la reconstruction du lien et l'autonomie des personnes, à partir d'un processus spécifique. Se dégagerait ainsi le particularisme de la médiation familiale qui travaille sur les liens.

## **II – La médiation familiale, comment ça marche ?**

Par cette interrogation un peu triviale, il s'agit d'expliquer en quoi consiste une médiation familiale (A) et quels sont les résultats que l'on peut en attendre (B).

### **A– En quoi consiste une médiation familiale ?**

On l'a dit, c'est un processus structuré et confidentiel, mené par un tiers professionnel, impartial, indépendant, qualifié et sans pouvoir de décision, qui a pour finalité d'apaiser le conflit et de préserver les relations au sein de la famille.

#### **1– Un processus structuré et confidentiel**

– *un processus* : ce terme renvoie à l'idée d'une progression, d'un développement par étapes ; pour faire évoluer une relation conflictuelle, il faut nécessairement du temps ;

– *structuré* : il faut un cadre de « travail » que le médiateur va proposer aux parties, qui ont accepté d’entrer dans ce processus ;

– *confidentiel* : on travaille sur l’intime. Le médiateur ne rend pas compte de ce qui se dit au juge, mais *in fine*, il lui indiquera seulement, si la médiation a ou non abouti à un accord. Cette confidentialité exclut aussi les avocats, tant qu’il ne s’agit pas de préparer un accord juridique. Le rétablissement de la relation se passe de tout témoin.

## **2– Un processus mené par un professionnel impartial, indépendant, qualifié, sans pouvoir de décision et rémunéré**

Le médiateur est un professionnel tiers :

– *impartial* : il ne prendra pas parti (à la différence de l’avocat dans la procédure participative), ne jugera pas (à la différence du magistrat), mais permettra à chacun d’exposer sa vision de l’histoire familiale. Ici, pas besoin de preuve, puisqu’il n’y a pas à convaincre d’une vérité ; ce sont les ressentis qui sont pris en compte et les besoins de chacun. Le différend est regardé autrement qu’en termes de confrontation réciproque des droits, car ce qui est recherché c’est la transformation de la relation conflictuelle, et seuls les *médiés* peuvent être acteurs de cette transformation ;

– *indépendant* : il n’est pas un auxiliaire du juge, à la différence du conciliateur. Le conciliateur fait partie de l’équipe du juge, il exerce en effet un pouvoir délégué du juge. Ce faisant, il va donc rechercher avec les parties une solution à *leur litige*. Il a vocation à proposer une solution dans les conditions et selon les modalités prévues au Code de procédure civile (en vertu de l’article 1<sup>er</sup> du décret n° 78-381 du 20 mars 1978, JO 23 mars 1978, modifié en 2012, les conciliateurs de justice « *ont pour mission de rechercher le règlement amiable d’un différend dans les conditions et selon les modalités prévues au Code de procédure civile* ), c’est-à-dire dans le cadre d’une délégation des pouvoirs du juge. Ainsi, par la conciliation on parviendra au règlement amiable d’un litige, selon les règles du droit. Même chose pour la convention de procédure participative qui est définie à l’article 2062 du Code civil comme la « *convention par laquelle les parties à un différend s’engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la mise en état de leur litige ou à la résolution amiable de leur différend* ». S’il est question pour les parties d’œuvrer amiablement, c’est une procédure conventionnelle de recherche d’un accord (CPC, art.1543), où les parties sont assistées de leurs avocats et se communiquent leurs pièces et écritures par l’intermédiaire de leurs conseils (CPC, art.1544). Il s’agit donc de négocier, dans la logique du droit. Rien de tel pour le

médiateur qui est un tiers qui n'a pas de mission juridictionnelle, et n'a pas à dispenser des conseils juridiques, même s'il peut donner des informations juridiques ;

– *qualifié* : depuis 2003, un diplôme d'État de médiateur familial atteste des compétences attendues, sans toutefois que ce diplôme présente un caractère obligatoire pour exercer les fonctions de médiateur (CASF, art.R.451-66 ; parmi les propositions du rapport sur le développement des modes amiables de règlement des différends établi par l'Inspection générale des services judiciaires (IGSJ), déposé en avril 2015, figure celle de rendre obligatoire l'obtention du diplôme d'État pour les médiateurs familiaux, Proposition n° 8) ;

– *sans pouvoir de décision* : en cas d'accord de conciliation, le médiateur ne signe rien ; il n'est pas un négociateur, il ne cherche qu'à mettre les parties en capacité de parvenir à trouver une solution au conflit qui les oppose, ce qui nécessite de maîtriser des techniques d'écoute, de reformulation, différentes de la simple négociation. Il ne propose pas de solution. Si les parties trouvent un accord, elles devront le formuler en droit, le faire vérifier par leurs avocats et le faire homologuer par le juge si elles veulent lui donner force exécutoire. Le conciliateur de justice, lui, un signera le procès-verbal avec les parties, et ce sont les extraits du procès-verbal de conciliation qui pourront être délivrés et valoir titre exécutoire ;

– *rémunéré* : à la différence des fonctions de conciliateur de justice, qui sont exercées à titre bénévole (D. n° 78-381, 20 mars 1978, art. 1<sup>er</sup>, al. 2), le médiateur est rémunéré (c'est cette seule différence qui est mise en exergue par le rapport précité de l'IGSJ, p.16), comme l'est l'avocat dans la procédure participative, alors que le conciliateur exerce un pouvoir délégué du juge, ce qui justifie qu'il l'exerce à titre bénévole.

### **3– Un processus dont la finalité est claire**

Il s'agit d'apaiser le conflit (et non de chercher à le résoudre ; l'idée est plutôt d'aider les parties à trouver un *modus vivendi*) et de préserver les relations au sein de la famille.

Avec la médiation, on vise l'apaisement d'un conflit dans sa globalité (Rapp. Sénat n° 404, Justice aux affaires familiales : pour un règlement pacifié des litiges, précité, p.52 et s.). C'est très clair dans la loi précitée de 2002 (qui met en avant l'exercice consensuel de l'autorité parentale) et celle également précitée de 2004 (qui vise à la pacification des procédures de divorce). C'est donc bien cette finalité qui permet de caractériser la médiation familiale. **Le médiateur travaille sur le lien social et ce n'est que par voie de conséquence que les parties**

peuvent parvenir à un règlement de leur conflit. C'est en cela que c'est une voie d'apaisement des conflits familiaux, même quand les parties ne parviennent pas à un accord.

Ce qui invite à distinguer le conflit du litige. Or, ces termes sont souvent utilisés de manière synonyme, par le législateur, ce qui contribue à créer et entretenir la confusion. Ainsi, le décret n° 96-652 du 22 juillet 1996 (JO 23 juill. 1993) fait état du « litige » puis du « conflit » à l'article 131-1 du Code de procédure civile (« *Le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose* »), puis à l'article 131-2, du « litige » (« *La médiation porte sur tout ou partie du litige* »). Et cette différence est banalisée aujourd'hui avec l'emploi du terme *différend*, synonyme, mais en plus neutre, du *conflit*, mot du vocabulaire de droit international public.

*Stricto sensu*, cependant, si les termes de « *conflit/différend* » et de « *litige* » semblent tous deux renvoyer à un désaccord, en réalité, le litige est « *l'opposition des prétentions aptes à être entendues par un juge et tranchées par référence à une norme* » (Cadiet L. (dir.), Dictionnaire de la justice, PUF, 2004, V° Conflit/litige, par Rivier M.-C., p.196. Il peut donc y avoir des procès sans litige – ainsi, en matière gracieuse – mais pas nécessairement sans conflit – par exemple, un divorce par consentement mutuel, qui ne dit rien au juge sur les causes du divorce – et même des litiges sans véritable conflit, lorsque les parties ont seulement besoin d'obtenir un jugement). Alors que **le conflit ne peut être réduit à un problème de droit : il comporte des dimensions psychologiques, sociologiques, économiques, qui sont irréductibles à la seule dimension juridique**. On peut dire que le litige est un différend qualifié par le juriste, un conflit vu par les juristes, en quelque sorte ; c'est en portant le conflit devant le juge que le conflit deviendrait un litige (Gorchs B., La médiation dans le procès civil, sens et contresens, Essai de mise en perspective du conflit et du litige, RTD civ.2003, p.409, qui montre notamment qu'en consacrant la médiation judiciaire comme une alternative à la juridiction contentieuse, le législateur de 1995 a dénaturé l'institution en la transformant, notamment sur le modèle de la conciliation, en instrument de résolution du litige). La distinction est alors envisagée sous l'angle chronologique, le conflit devenant litige quand la formulation du désaccord se cristallise dans l'affirmation de chacun au regard de la règle de droit (Cadiet L., Normand J. et Amrani Mekki S., Théorie générale du procès, PUF, coll. Thémis, 2010, n° 71 ; v. également, pour le conflit social, Jeammaud A., Conflit, différend, litige, Droits 2001/2, n° 34, Mots de la justice, p.15). Cette distinction explique pourquoi, en tranchant le litige, le juge ne résoudra pas nécessairement le conflit. En effet, la démarche du juge n'est pas libre : son pouvoir est limité par les termes du litige déterminé par les parties (CPC, art.4 : « *L'objet du litige est déterminé par les parties* »), et par la loi (CPC, art.12 : « *Le juge doit trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* »). Le conflit est, quant à lui, d'une nature bien plus complexe que le litige, « *tout à la fois contexte et cause* » (Rivier M.-C., V° Conflit/litige, précité). Le litige est une « *partie de l'iceberg* » (Kitamura I., L'avenir de la « justice conciliationnelle », in L'avenir du

droit, Mélanges François Terré, Dalloz, 1999, p.814), la partie émergée « *de l'iceberg, bien plus profond, du conflit tissé de passions, de rancœurs, de blessures et de non-dits* » (Ganancia D., AJ famille 2003, p.48).

Il est ainsi fréquent que le traitement du litige n'apaisant pas le conflit, on assiste à une **superposition des conflits** (Noreau P., La superposition des conflits : limites de l'institution judiciaire comme espace de résolution, Droit et Société (D&S), n° 40, 1998, p.591). Et si le conflit préexiste au litige, il peut aussi lui survivre et subsister après que le procès est achevé. En matière familiale, cela est assez flagrant, « *des instances successives vont signaler l'échec de la première décision et la persistance du conflit, générateur de litiges à répétition* » (Rapp. Sénat n° 404, Justice aux affaires familiales : pour un règlement pacifié des litiges, précité, p.32). D'où l'intérêt de traiter le conflit dans sa globalité, en dehors du prétoire. Dans ce cas, on recherche moins l'application stricte du droit que la restauration de la paix sociale et l'adhésion des parties au règlement du litige. Le conflit est plutôt envisagé comme « *une maladie à guérir que comme un mal à réprimer* » (Rouland N., Aux confins du droit : anthropologie juridique de la modernité, éd. Odile Jacob, 1991, p.104) et le droit n'est pas toujours le meilleur moyen de l'apaiser. Cela peut s'expliquer lorsque le différend ne se pose pas en termes véritablement juridiques : c'est clair en matière d'autorité parentale, où il peut être demandé au juge dans quelle école l'enfant doit être scolarisé, s'il doit faire sa communion ou sa *bar-mitsvah*, etc. La réponse se passe du droit, le juge est au cœur d'un conflit très privé et risque de répondre à l'aune de sa propre pratique ou de ses convictions.

Ainsi, volontairement, ou sur incitation du juge, les personnes en conflit qui acceptent une médiation familiale sont invitées à la reprise du dialogue. La médiation familiale propose un espace autre que celui du prétoire et des outils spécifiques à la gestion des conflits, distincts de l'application d'une règle de droit, afin de permettre à chacun de se sentir reconnu dans ses besoins et d'envisager le différend autrement qu'en termes de confrontation réciproque des droits. Ce processus offre aux personnes en conflit du temps et un lieu adapté et leur restitue la responsabilité de divers aspects de leur vie.

C'est pourquoi, en droit de la famille, la médiation familiale peut être un outil qui participe à l'apaisement du divorce et de la séparation des adultes non mariés parce qu'elle pourra permettre d'évoquer les griefs et les torts, et constituer un lieu de parole privilégié pour comprendre et apaiser le conflit conjugal, instaurer une compréhension et une confiance mutuelle, et dès lors trouver des solutions, tant sur le plan affectif que dans le domaine patrimonial, qui auront l'adhésion de chacun. C'est donc un outil permettant la reprise d'un dialogue parental, un outil de responsabilisation des parents qui favorise le maintien du lien entre enfants et parents, et encore un outil d'accompagnement de la résidence alternée.

Ainsi, c'est principalement en présence d'enfants mineurs, donc dans le contentieux du divorce (en principe, hors divorce par consentement mutuel), de l'après-divorce et de l'autorité parentale, que les JAF doivent avoir *leréflexe* médiation familiale.

### **BLes résultats attendus–**

Actuellement, le pourcentage d'affaires envoyées en médiation familiale pour le contentieux faisant intervenir le JAF est inférieur à 1 % (0,8 % d'après le rapport du Sénat déjà cité pour l'année 2012 ; 1,3 % pour l'IGSJ, pour l'année 2014). Pourquoi un chiffre aussi faible ?

D'abord, parce que **toutes les affaires ne se prêtent pas à une conciliation ou médiation. On évalue à 15-20 % le nombre de dossiers pour lesquels la médiation serait opportune.** D'une part, parce que certaines parties parviennent d'elles-mêmes à un accord, mais aussi parce que d'autres vivent du conflit et ne veulent pas en sortir. La première résistance est donc celle des justiciables.

Ensuite, et même dans les cas où elle serait la bienvenue, tous les magistrats ne la proposent pas forcément (v. cependant, Ganancia D., précité, p. 52 ; Gaz.Pal. 2011, doct., p.14 ; Imbert I., Le juge aux affaires familiales et la médiation, *in* La résolution amiable des différends dans le contentieux familial, Journée d'études en droit de la famille, Nice, 2013 ; Juston M., Gaz.Pal. 26-28 sept.2004, p.2 ; Gaz. Pal. 28-29 déc.2005, p.2 ; Dr.famille 2008, étude 10 ; Gaz.Pal.2008, doct, p.3297 ; Dr.famille2010, étude 2) : d'une part, parce que leur formation est centrée sur une conception traditionnelle du rôle du juge qui doit trancher le litige et n'est pas là pour inviter les parties à décider par elles-mêmes (v. Rapp. Sénat n° 404, Justice aux affaires familiales : pour un règlement pacifié des litiges, précité, p.55) et, d'autre part, parce que les exigences de performance auxquelles ils sont soumis (actuellement, les indicateurs de performance ne retiennent qu'un critère principal, celui du délai et donc du nombre d'affaires jugées. V. Garapon A., La prudence et l'autorité, L'office du juge au XXI<sup>e</sup> siècle, Rapp. Institut des hautes études sur la justice (IHEJ), mai 2013, p.11) ne les incitent pas à ouvrir une parenthèse *médiation* dans le traitement de leurs dossiers (alors pourtant qu'un rapport remis au Parlement européen en 2011, portant sur le coût de la non-médiation, fait apparaître le gain de temps et donc d'argent que la médiation permet, v. PE, Direction générale des politiques internes, Département thématique des droits des citoyens et des affaires constitutionnelles, Rapp. n° 453-180, Quantification du coût du non-recours à la médiation, analyse des données, [www.mediateurseuropeens.org/Rapport-Parlement-Europeen-453-180](http://www.mediateurseuropeens.org/Rapport-Parlement-Europeen-453-180)).

C'est pourquoi le rapport *Delmas-Goyon* (Delmas-Goyon P., « Le juge du 21<sup>e</sup> siècle » – Un citoyen acteur, une équipe de justice, rapport remis au garde des Sceaux, déc. 2013,

Proposition n°19) préconisait de faire du développement des modes négociés de règlement des litiges et en tout premier lieu de la médiation, un objectif de performance qualitative assigné aux chefs de juridiction et de créer en ce domaine des indicateurs spécifiques. Cela permettrait de valoriser le recours à la médiation.

Enfin, tous les avocats ne perçoivent pas toujours l'intérêt du processus de médiation familiale lorsqu'ils ne distinguent pas le conflit du litige et craignent le manque de connaissances juridiques des médiateurs familiaux qu'ils perçoivent alors comme des concurrents.

### **III – La médiation familiale, quel avenir ?**

C'est le juge qui désigne le médiateur familial, détermine et contrôle sa mission, en fixe une durée et homologue l'accord éventuellement intervenu. Cette médiation peut se greffer sur une instance en cours, à la condition que les parties soient d'accord et que le magistrat estime cela opportun. Autant dire, assez peu souvent statistiquement. Aussi, depuis plusieurs années, la Chancellerie a mis en œuvre des actions afin de promouvoir la médiation familiale et récemment, au titre du projet *Justice 21* (J21), de nouvelles propositions ont encore été faites.

#### **A – Les actions réalisées**

Dès 2008, constatant que la médiation, en matière civile générale, n'était ordonnée que dans 1,5 % des affaires traitées par les cours d'appel et 1,1 % des affaires traitées par les juridictions de premier degré (v. aussi Rép. min. n° 13734 : JOAN Q. 29 janv. 2008, p. 842, qui indique qu'en 2006, 4 234 mesures ont été confiées à des associations, contre 2 683 en 2004, 95 % des mesures étant ordonnées par le JAF), le rapport *Guinchard* sur la répartition des contentieux avait préconisé, d'une part, de faire de la médiation familiale un préalable obligatoire pour toutes les actions tendant à modifier les modalités de l'exercice de l'autorité parentale précédemment fixées par une décision de justice (« actions modificatives »), et, d'autre part, de développer la double convocation, c'est-à-dire, pour le juge, d'inviter les parties à rencontrer un médiateur avant même l'audience (Guinchard S., *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, rapport remis au ministre de la Justice, 30 juin 2008, Doc. fr., 2008, Propositions n<sup>os</sup> 51 et 52). Cette expérience dite de la *double convocation* avait été précédemment tentée au tribunal de grande instance de Bobigny avec succès (v. Rapp. Guinchard, précité, p. 140). La même année, un second rapport remis au ministre de la Justice était allé dans le même sens (Magendie J.-C., *Célérité et qualité de la justice. La médiation : une autre voie*, rapport dit *Magendie III*, 15 oct. 2008, p. 39 à 45).

Le décret n° 2010-1395 du 12 novembre 2010 (JO 16 nov. 2010), relatif à la médiation et à l'activité judiciaire en matière familiale, a organisé, à titre expérimental dans certains tribunaux, la mise en œuvre d'une injonction préalable de rencontrer un médiateur avant l'audience du JAF saisi d'un litige portant sur l'exercice de l'autorité parentale (D. n° 2010-1395, 12 nov. 2010, art. 1<sup>er</sup> : pour l'application du troisième alinéa de l'article 373-2-10 du Code civil, les parties sont informées de la décision du juge leur enjoignant de rencontrer un médiateur familial, soit par courrier, soit à l'audience. Il est indiqué aux parties le nom du médiateur familial ou de l'association de médiation familiale désigné et les lieux, jour et heure de la rencontre. Lorsque la décision est adressée par courrier, il leur est en outre rappelé la date de l'audience à laquelle l'affaire sera examinée. Lors de cette audience, le juge homologue le cas échéant l'accord intervenu ; en l'absence d'accord ou d'homologation, il tranche le litige).

Et la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 (JO 14 déc. 2011), relative à la répartition des contentieux et à l'allègement des procédures juridictionnelles, a aménagé certaines des règles régissant la procédure en matière familiale et, par dérogation aux dispositions de l'article 373-2-13 du Code civil, a introduit le recours préalable obligatoire à la médiation familiale, avant toute requête en modification d'une décision fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, ou en modification d'une convention homologuée ; à peine d'irrecevabilité, que le juge peut soulever d'office, la saisine du juge par le ou les parents devrait donc être précédée d'une tentative de médiation familiale.

Les tribunaux d'Arras et de Bordeaux avaient été désignés afin de mettre en œuvre ces mesures (ces juridictions avaient été désignées par Arr. 16 mai 2013, JO 31 mai, 2013 ; v. Égéa V., Dr.famille2013, alerte 42. Elles avaient conclu un protocole avec leurs barreaux respectifs et les services de médiation de leur ressort les 7 novembre 2013, pour Bordeaux, et 6 décembre 2013, pour Arras) ; l'expérimentation s'est achevée en décembre 2014 et les leçons ont été tirées en 2015. Si des aspects positifs ont été relevés, sous réserve des questions de financement qui ne sont pas à négliger (Rapp. Sénat n° 404, Justice aux affaires familiales : pour un règlement pacifié des litiges, précité, p.57 à 65), certains observateurs sont plus dubitatifs (v.IGSJ, Rapport sur le développement des modes amiables de règlement des différends, précité, p.19 et 20).

En effet, s'agissant de la double convocation, elle ne permet pas au magistrat de tirer les conséquences du refus d'une partie de se rendre à l'entretien préalable de médiation, car il ne s'agit que d'une invitation à rencontrer un médiateur avant l'audience. Par ailleurs, elle implique une sélection des dossiers par le juge ou le greffe, en amont, ce qui est loin d'être aisé. Quant à l'entretien préalable obligatoire, là encore, les parties peuvent refuser d'engager une médiation à l'issue de la rencontre avec un médiateur, et surtout des exceptions ont limité le champ de l'expérience (ainsi, cette rencontre préalable n'a pas été imposée dans trois cas :

lorsque la demande émane conjointement des deux parents afin de solliciter l'homologation d'une convention selon les modalités fixées à l'article 373-2-7 du Code civil ; lorsque l'absence de recours à la médiation est justifiée par un motif légitime ; lorsque cette tentative de médiation préalable risque, compte tenu des délais dans lesquels elle est susceptible d'intervenir, de porter atteinte au droit des intéressés d'avoir accès au juge dans un délai raisonnable).

D'une manière plus générale, le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 (JO 14 mars 2015), relatif à *la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends*, qui comporte un chapitre III intitulé « *Résolution amiable des différends* », au sens large, a eu pour objet de développer *l'amont* du juge, pour parvenir à un règlement amiable du litige. On retrouve la logique du procès, mais revisitée. Les titres VI et VI *bis* du Livre I<sup>er</sup> ont été restructurés en un seul titre VI, décomposé en deux chapitres, l'un consacré à la conciliation, l'autre à la médiation, chapitres introduits par un nouvel article 127 qui dispose que : « *S'il n'est pas justifié, lors de l'introduction de l'instance, des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige, le juge peut proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation* ».

L'effort de résolution amiable se situe désormais en amont de l'instance et concerne à la fois les parties et le juge. Cet article, qui relève du Livre I<sup>er</sup> du Code de procédure civile, s'ajoute donc au dispositif existant. Cependant, d'une part, il n'est pas contraignant, une circulaire d'application ayant immédiatement précisé que ces mentions n'avaient pas à figurer à peine d'irrecevabilité, et, d'autre part, il concerne le litige... Il faut donc aller plus loin.

## **B – Les propositions de loi**

Les propositions de loi émanent du ministère de la Famille et du ministère de la Justice.

### **1 – Le ministère de la Famille**

En octobre 2013, la ministre déléguée à la Famille avait confié à un groupe de travail (Groupe de travail « Médiation familiale et contrats de coparentalité ») la mission de faire des propositions afin de favoriser le développement du recours à la médiation dès lors que cette dernière est susceptible de protéger l'enfant des conflits familiaux, quelle qu'en soit la nature et quels que soient les membres de la famille impliqués (parents, grands-parents, tiers). Le

rapport déposé en avril 2014 préconisait différentes mesures, dont certaines ont été reprises par la proposition de loi relative à l'autorité parentale et à intérêt de l'enfant.

Après un long débat parlementaire (plus de 500 amendements), cette proposition a été votée en première lecture à l'Assemblée nationale et transmise au Sénat le 27 juin 2014. Elle contenait une définition de la médiation familiale qui devait figurer dans la loi de 1995 modifiée en 2011 et instituait la possibilité, pour le juge, d'enjoindre à une ou deux séances de médiation familiale. Un amendement était toutefois venu restreindre sa portée en excluant les situations de violences familiales (« (...) *sauf si des violences ont été commises par l'un des parents sur la personne de l'autre parent ou sur la personne de l'enfant* ». Ainsi rédigé, cet article est ambigu, voire dangereux, car le terme de *violence* n'est pas précisé (temporalité, intensité, etc.) et risque d'orienter certains magistrats vers une interprétation trop restrictive du recours à la médiation familiale et d'amener des avocats à s'y opposer, alors que la médiation familiale peut montrer sa pertinence dans les situations de violences conjugales ou intrafamiliales ponctuelles. A ce jour, malheureusement, la proposition de loi est toujours dans les tiroirs du Palais du Luxembourg

## **2 – Le ministère de la Justice**

Parallèlement, afin d'entreprendre des réformes organisationnelles et statutaires de l'institution judiciaire, le garde des Sceaux, ministre de la Justice, a confié, dès la fin de l'année 2012, plusieurs missions de réflexion : d'une part, à l'IHEJ sur l'office du juge et, d'autre part, à deux groupes de travail, l'un plus particulièrement centré sur l'office du magistrat, son périmètre d'intervention et l'organisation de son travail (Delmas-Goyon P. (dir.), « Le juge du 21<sup>e</sup> siècle » –Un citoyen acteur, une équipe de justice), un autre, plus spécifiquement chargé de l'organisation judiciaire (Marshall D., Les juridictions du XXI<sup>e</sup> siècle).

Les groupes de travail ont remis, à la fin de l'année 2013, 268 recommandations au garde des Sceaux. Un grand débat national sur la justice du XXI<sup>e</sup> siècle rassemblant 1 900 magistrats, fonctionnaires de justice, professions du droit, universitaires, parlementaires et élus locaux a eu lieu les 10 et 11 janvier 2014 à la Maison de l'UNESCO à Paris, à partir de ces recommandations. Plus de 2 000 contributions issues des débats organisés dans les juridictions et les cours d'appel ont été adressées en mai 2014. Forte de cette intelligence collective et de ce partage des constats, le ministre de la Justice a présenté en Conseil des ministres, le 10 septembre 2014, quinze actions pour la justice du XXI<sup>e</sup> siècle afin de garantir un service public de la justice plus proche, plus efficace et plus protecteur. Parmi ces actions, une était destinée à valoriser le règlement amiable des litiges (on voit que c'est toujours ce vocable qui est utilisé...). Au Conseil des ministres du 31 juillet 2015, deux projets de loi

s'inscrivant dans la réforme *J21* pour une justice plus proche, plus efficace et plus protectrice ont été présentés. Le premier est relatif à l'indépendance, à l'impartialité des magistrats et à l'ouverture de la magistrature sur la société ; il modifie l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature. Au titre de l'efficacité, le second projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI<sup>e</sup> siècle tend notamment à favoriser le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges. À cet effet, il procède à la ratification de l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du 21 mai 2008, valorise le règlement amiable des litiges en rendant obligatoire la tentative de conciliation pour les petits litiges du quotidien avant la saisine du juge et apporte à la médiation en matière administrative les mesures propres à en assurer le développement en droit interne. Il procède ensuite à l'extension de la procédure participative pour en autoriser la conclusion, même si le juge est saisi du litige. Et il clarifie le régime de la transaction.

S'agissant du contentieux de la famille, c'est l'étude d'impact du projet de loi qui précise que c'est par voie réglementaire que serait élargie l'incitation aux procédures alternatives de règlement des différends : notamment, en simplifiant l'homologation par le JAF des accords concernant l'exercice de l'autorité parentale après recours à la médiation, en mettant en place des dispositifs pour mieux recenser l'offre de médiation sur un territoire, en harmonisant les conditions d'exercice de cette mission et en renforçant la qualité des médiateurs dans tous les domaines. Parallèlement, le rapport de l'IGSJ précité sur le développement des modes alternatifs de règlement des différends a préconisé de rendre obligatoire l'obtention du diplôme d'État pour les médiateurs familiaux (Proposition n° 8), de structurer un partenariat dans chaque tribunal de grande instance rassemblant tous les acteurs de la médiation familiale, sous la coordination du magistrat référent qui existe depuis 2010 (Proposition n° 34), et encore de favoriser l'organisation de permanences d'information sur la médiation familiale (Proposition n° 35).

**Conclusion.**—On peut rester sceptique face à ce changement de culture proposé et expliquer la nécessité de renforcer la médiation familiale par la volonté d'alléger le contentieux des JAF, qui est un contentieux de masse, et par le désir de la Chancellerie de réduire les coûts de la justice. Si cet effet n'est pas à négliger (v. l'étude d'impact de la proposition de loi), ce nouveau mode de régulation sociale ne peut être analysé uniquement comme « *une simple réponse à des dysfonctionnements de l'institution judiciaire* » (v. en ce sens, Bonafé-Schmitt J.-P., Charrier P. et Robert J.-C., Évaluation des effets des processus de médiation familiale sur les médiés, étude réalisée, avec le soutien du GIP, par le Laboratoire GLYSI (CNRS-ISH) de l'Université de Lyon II, *in* Le Médiateur familial, févr. 2007, p.3). D'une part, son développement n'élimine pas le possible recours aux tribunaux et, d'autre part, il repose réellement sur la croyance en la capacité d'autodétermination des personnes dans la recherche de remèdes à partir des intérêts communs et spécifiques de chacun. Il serait donc réducteur de présenter ces nouvelles dispositions comme une simple réponse à la crise du système

judiciaire. La promotion de la médiation familiale doit plutôt être associée au développement des nouvelles valeurs démocratiques, des valeurs de solidarité et de responsabilité. Cela marque le passage d'un modèle vertical imposé par la loi vers un autre plus horizontal, inspiré de l'idée d'un droit négocié d'inspiration contractuelle, auquel les juristes français ne sont pas encore bien habitués alors pourtant que, **en matière familiale, on mesure aisément l'enjeu d'une voie autre que celle du droit pour apaiser les conflits.**